

Principen *jura novit curia* – särskilt i skiljeförfaranden

JAN KLEINEMAN

1. Inledning

I dispositiva tvistemål gäller den grundläggande processprincip som uttalats i 17 kap. 3 § 2 p. rättegångsbalken, nämligen att de inte får grundas på andra omständigheter än sådana som part åberopat till grund för sin talan. Att denna princip gäller i skiljetvister är självklart, liksom att få principer bevakas så noga som just den av såväl parter som skiljemän. Framförallt de senare är alltid på sin vakt i denna fråga eftersom nämnden inte vill utsätta sig för risken av klander och därmed öppna den enda reella möjligheten att angripa skiljedomen.

Ekelöf uttalade för sin del att ”den gamla sentensen *iura novit curia* (domstolen känner lagen) fortfarande är gällande rätt”.¹ Han uttolkar den så, att det ”står domstolen fritt att subsumera *åberopade* rättsfakta under en *rättsregel*, som ingen av parterna velat åberopa”. I sin framställning av bevisning² återkommer Ekelöf i samband med frågan om utredningen av rättsfrågan till relationen mellan ”sakfrågan” och ”rättsfrågan”. Här konstateras att gällande rätt är så beskaffad att domstolen skall ”*i alla slags mål*” tillämpa ”lagen” *ex officio* ”på åberopade rättsfakta”. Principen eller metoden skall tillämpas – konstaterar Ekelöf vidare – ”även om ingen av parterna säger sig vilja åberopa stadgandet i fråga”. Vidare är rätten ”obunden av en överenskommelse mellan parterna om att en viss regel ej skall tillämpas eller att denna skall tillämpas på visst sätt.”

Ekelöf noterar dock en komplikation efter att han noterat vad som framgår av 35:2 st. 2 p. 1 eftersom lagstiftaren tydligen trots allt föreställer sig att man skulle kunna påvisa innehållet i gällande rätt genom *bevisning*. Ekelöf

¹ Se Ekelöf, Rättegång, andra häftet, 8 uppl. s. 128.

² Se Ekelöf, Rättegång, fjärde häftet, 6 uppl. s. 238 ff.

ställer sig därför genast frågan om man överhuvud kan "bevisa" innehållet i gällande rätt eftersom man kan ifrågasätta vad det egentligen betyder att bevisa gällande rätt. Han kommer dock fram till att det rör sig om konkreta fakta "som kan bli föremål för bevisning" och att samma sak gäller beträffande "en regel, vilken är gällande på grund av stadgad praxis".

Det står domstolen fritt att tillämpa en rättsregel som ingen av parterna vill åberopa eftersom parterna ej ens är skyldiga att åberopa rättstillämpningsfakta inskräper Ekelöf.³ Det kan i det sammanhanget anmärkas att den ovana som domstolar skaffat sig att avkräva parterna i målet uppgifter om gällande lag närmast som en del av skyldigheten att ange sina grunder således saknar egentligt lagstöd. Det kan visserligen sägas att det kan vara *lämpligt* att, som en del av grunderna, inhämta parternas uppfattning om gällande rättsregler för att få närmare klarhet i vad som egentligen åberopas i målet, men vad parterna därvid anför i den delen utgör inte ramen för vad som skall prövas och innefattar inte heller någon rättighet för domstolen att begränsa sin rättsliga analys till vad parterna anfört i denna del.

Självklart brukar inte en part i ett sådant läge s.a.s. sätta sig på tvären, utan brukar tvärtom vara domstolen behjälplig med rättsutredningar. Insikten om att domare i allmän domstol ofta anser sig sakna tid till mer djupgående analys, liksom ibland även saknar intresse för juridiska djupdykningar, medför inte sällan att insiktsfulla ombud förser sin sak med rättslig argumentation. Emellertid kan det ibland vara svårt att på ett adekvat sätt uttrycka en rättsgrundsats.

När det gäller t.ex. ansvaret för ren förmögenhetsskada har jag själv erfarenhet av att advokater ofta frågat mig hur man skall uttrycka ansvar för ren förmögenhetsskada utan att "spärregeln" i 2 kap. 2 § skadeståndslagen och dess koppling till brottslig gärning skall vara tillämplig. Jag brukar då anföra att det hela kan beskrivas som skadeståndsansvar "på allmän skadeståndsrättslig grund", vilket ibland "godtas" av domstolarna men ibland föranleder spydiga kommentarer från mindre insiktsfulla domare. Ombudets dilemma i detta sammanhang skall inte underskattas. Att "mästra" domstolen kring innebörden i principen *jura novit cura* är nog inte ett så klokt drag.

Att fråga inte är om "bevisning" i egentlig processrättslig bemärkelse antyder således Ekelöf, samtidigt som han naturligtvis noterar att domstolen enligt just RB 35:5 2 st. när fråga är om utländsk rätt, kan ålägga parterna "att förebringa bevisning" om innehållet i "främmande lag". Av stadgandet

³ Se Ekelöf, Rättegång, fjärde häftet, 6 uppl. s. 240 vid not 39d.

kan man emellertid tydligen sluta sig till att domstolen kan ha kunskap om innehållet i denna och då tydligen kan bruka den kunskapen, men att domstolen inte har någon utredningsplikt avseende innehållet i utländsk rätt. Just i detta förhållande, dvs. interaktionen mellan möjlig insikt i gällande rätt och behovet av vägledning, finns ett betydande rättstillämpningsproblem i en globaliserad värld.

Från det faktum att parterna således vid svensk domstol kan åläggas att förebbringa bevisning om innehållet i ”främmande lag” kan man emellertid inte dra några säkra slutsatser att fråga skulle vara om att pröva ”bevisning” avseende hur en rättslig bedömning skall ske. Först och främst kan noteras att från skyldigheten – efter anmodan härom – att åberopa tillämplig främmande lag följer inte någon skyldighet att tillämpa vad en part har påstått ens om motparten inte bestritt detta, domstolen äger ju rätt att ifrågasätta detta genom möjligheten att föranstalta om egen utredning.

Vidare kan ju domstolen om part underlåtit att anföra något – även om denne blivit anmodad därom – välja att självständigt pröva frågan. Ekelöf har för sin del påpekat förevaron av förordningen (1981:366) om rätt att i vissa fall begära upplysningar om innehållet i främmande rätt och därmed det faktum att det finns vissa möjligheter för domstolen att ”inom rimliga gränser bedriva efterforskningar.”⁴ Detta kan ju för övrigt jämföras med det system enligt vilket understundom Högsta domstolen låter föranstalta om att begära yttranden från branschorganisationer utan att parterna eller i vart fall någon av dem begärt detta.

Det tycks enligt Ekelöf kunna beskrivas som en ”omstridd fråga” vad som skall gälla om det ”trots allt förblir outrett vad som gäller enligt den utländska rättsordningen.” Meningarna skulle vara delade mellan om käromålet då skulle avvisas eller om svensk rätt skulle tillämpas. Personligen menar jag att avvisning i ett sådant läge skulle vara en alltför drastisk åtgärd som nog borde förbehållas situationer som inte kan lösas på något annat och vettigare sätt. Istället förefaller mig en presumtion kunna vara att man då bör kunna tillämpa ”svensk” rätt och detta eftersom de omfattande komparativa studier som numera gjorts på de flesta områden visar att skillnaderna mellan de västerländska rättsordningarna – i vart fall inom den kommersiella rätten – inte är så stora. Det gör att svensk rätt ofta kan presumeras spegla en normal bedömning av gällande rätt.

⁴ Se Ekelöf, Rättegång, fjärde häftet, 6 uppl. s. 241.

Slutligen bör i detta sammanhang påpekas att förebringande av innehållet i utländsk lag och utländsk rätt liksom även förekomsten av utländska rättsprinciper i form av t.ex. ett responsa är en sak. Applicerandet av dessa principer på den aktuella tvisten är emellertid en helt annan sak. Den centrala frågan hur utländsk rätt skall tolkas och tillämpas i ett enskilt fall kan här vara lika vansklig som när fråga är om svensk rätt. Hur denna tolkningsövning skall tillgå är inte heller något som kan "bevisas" här lika lite som när frågan aktualiseras i nationell rätt. Skall domaren bli övertygad om rättsläget genom tyngden av de argument som framförts om innehållet i de främmande rättsreglerna, genom trovärdigheten i framförandet eller genom att göra egna referensstudier för att på detta sätt få gjorda påståenden bekräftade genom egen källkontroll?

Det spørsmålet måste domstolen alltid lösa efter bästa förmåga och med tillämpning av normala metoder för rättstillämpning och om dessa skulle variera mellan rättssystemen, t.ex. hur avtalstolkning tillgår i engelsk rätt till skillnad från t.ex. svensk rätt, måste detta betraktas som en rättstillämpningsfråga i sig. Även rättskälleläran tillhör ju det berörda rättssystemet och dess innehåll kan variera från land till land. Den lagpositivism och förarbetsauktoritet som sedan längre präglat svensk rätt saknar ju t.ex. sin motsvarighet i common law-systemet. Att göra en rättslig analys av gällande rätt är i grunden något helt annat än att pröva bevisningen av omtvistade rättsfakta.

Ekelöf uppehåller sig i detta sammanhang med ett annat spørsmål kring *principen jura novit curia*, nämligen hur man skall förfara när rätten avser att tillämpa en rättsregel som parterna rent konkret åberopat. Ekelöf anför då att rätten inte bör tillämpa en sådan regel "utan att parterna beretts tillfälle att uttala sig om regelns tillämplighet". Här finns emellertid betydande rättstillämpningsproblem. Skall detta förfarande äga rum när det framgår att parterna är oense om vilken regel som skall tillämpas och/eller när meningsskiljaktighet föreligger beträffande frågan hur regeln skall tillämpas?

Man får anta att syftet med denna lämplighetsföreskrift är att motverka risken för oväntad rättstillämpning som i sin tur får antas vara uppställd i syfte att motverka risken för att rätten gjort en felaktig rättslig bedömning och att eventuella tankefel hos rätten på det sättet skall kunna rättas till genom möjligheterna för parterna att yttra sig i frågan. Skall emellertid frågan om att förebygga en reaktion vid "oväntad" rättstillämpning således vara anteciperad eller skall domstolen alltid ta den risken i beaktande genom att vid varje steg i den rättsliga analysen ställa sig frågan om här kan finnas en främmande rättsregel som leder till annat resultat än om svensk rätt skall vara till-

lämplig och då redovisa detta även om parterna inte diskuterat den frågan i något hänseende under förfarandet?

Antag t.ex. att parterna har en dispyt om huruvida det föreligger ett avtal om fastighetsköp, men det är ostridigt att avtalet inte är skriftligt. Äger då domstolen endast utifrån åberopade argument pröva denna fastställelsefråga utan att gå in på frågan om det föreligger ett formkrav eller inte? Jag minns att frågan om dispositionsprincipens gränser när svensk rätt ostridigt är tillämplig ansetts vara ett problem.

Hur det hela sedan skall rent praktiskt tillgå och hur man skall motverka att rätten föregriper sin rättsliga bedömning innan domen fallit måste vara några svaga punkter vid tillämpningen av den aktuella lämplighetsföreskriften. Ekelöf hänför sig i detta hänseende till rättsfallet NJA 1989 s. 614. I det rättsfallet gällde frågan ett yrkande om förpliktelse för motparten att teckna en oåterkallelig pensionsförsäkring. Högsta domstolen ansåg sig nämligen ha att pröva yrkandet på de av käranden ”åberopade sakförhållandena” enligt ”allmänna kontraktsrättsliga grundsatser”.

HD fann att dessa innefattade att ”den förpliktade normalt [var] skyldig att utge skadestånd beräknat efter det positiva kontraktsintresset när det redan vid avtalets ingående förelåg hinder mot fullföljande av avtalet, under förutsättning att den förpliktade visat försumlighet genom att inte pröva sina möjligheter att fullfölja avtalet” och prövade käromålet utifrån den utgångspunkten men fann inte omständigheterna vara sådana att käromålet kunde bifallas. JustR Lind uttalade i ett särskilt tillägg till domen att det också ”sedan länge [är] vedertaget att domstolen även i dispositiva tvistemål är skyldig att tillämpa den adekvata rättsregeln oavsett om part har åberopat den eller inte”.

Han fann det emellertid vara en ”annan sak” hur domstolen borde förfara ”rent handläggningmässigt när den upptäcker, att någon rättsregel som parterna inte berört kan ha betydelse i målet”. Lind menade emellertid att det inte kunde vara ”en ovillkorlig skyldighet för domstolen att påpeka för parterna att en annan rättsregel än den parterna hänfört sig till kan få betydelse i målet” och att domstolen ”på den punkten [måste] ha handlingsfrihet beroende på det enskilda målets och den enskilda situationens karaktär”. Han menade också att rena processekonomiska överväganden måste ha betydelse så att om rätten ”först vid överläggningen till dom upptäcker att en annan rättsregel än den parterna hänfört sig till har betydelse i målet, måste domstolen ofta ha rätt att tillämpa den rättsregeln utan att ställa saken i sådana vidlyftigheter som en ny eller fortsatt huvudförhandling skulle innebära.”

I den aktuella tvisten anförde Lind, att det var ”ställt utom allt tvivel att domstolen [var] oförhindrad att föra ett resonemang om [kärandens] talan [kunde] bifallas på kontraktsrättslig grund utan att parterna uppmärksammas på att den frågeställningen kan komma upp.” Det sammanhängde bl.a. med att käranden inte kunde ha ”något befogat anspråk på att vidareutveckla ett rättsligt resonemang som hon själv inte har fört tidigare” och vad gäller svaranden var situationen den att denne vann målet ”även om domstolen för ett kontraktsrättsligt resonemang.”

Saken aktualiserades emellertid ånyo i NJA 1993 s. 13 där HD verkligen valde att genom särskilt beslut bereda parterna tillfälle att yttra sig ”i frågan om skadeståndsskyldighet [kunde] åläggas [svaranden], även om något brottsligt handlande inte förekommit” varefter man fann att HD ”nu” hade att pröva om talan kunde bifallas på grund av de av käranden ”åberopade objektiva omständigheterna oberoende av om [svarandens] företrädare gjort sig skyldig till brott”.

HD fann att svaranden hade nyttjat kärandens lokaler ”utan stöd i något avtal varför man hade att ersätta denne ”motsvarande skälig hyra för lokalen”. Här tillämpades således en något vag rättsfigur om obehörig vinst, något som i sig är av stort intresse eftersom svensk rätt i allmänhet antagits ha saknat förevaro av en sådan allmän princip. Av större intresse är emellertid om det verkligen tillför processen något reellt att ställa en så retorisk fråga som här kommunicerades med parterna. Tanken att den i vars intresse en tillämpning av även andra principer än ansvar på grund av brott skulle svara på det sätt denne här gjorde är ju i hög grad en rent teoretisk frågeställning.

Fallen ger emellertid trots allt visst utrymme för att tolka principen *jure novit curia* så, att parterna skall om möjligt givas möjlighet att utveckla sina egna uppfattningar kring en rättsregel som domstolen kan finna anledning att pröva, men att då frågan om relevant rättsregel oftast inte aktualiseras förrän domstolen överlägger till dom, det i praktiken kan bli svårt för domstolen att tillämpa en sådan regel eftersom detta kan fordra en omfattande skriftväxling efter avslutad huvudförhandling, varvid rätten tar risken att någon av parterna begär att huvudförhandlingen skall återupptas eftersom man kanske menar att saker och ting kan ha kommit i ett annat läge i rättsfaktahänseende genom den fråga domstolen tagit upp.

Det kan t.ex. vara så att man vill kasta nytt ljus över den bevisning som redan förebringats mot bakgrund av den rättstillämpningsfråga som domstolen rest. En sådan begäran får antas normalt inte bli alltför välvilligt behand-

lad av domstolen och blotta tanken på risken härför får antas ha en avskräckande effekt på den frågvisa domstolen.

Utgångspunkten måste väl emellertid alltid vara den, att domstolen skall sträva efter ett materiellt så korrekt resultat som möjligt baserat på de rättsfakta som åberopats och den bevisning som förebringats och att parternas rättsliga argumentation inte skall kunna lägga hinder i vägen för den rättsliga bedömningen i andra fall än när det saknas t.ex. åberopande, grunder och bevisning.

2. Kan man avskaffa jura novit curia-principen?

Man möter ibland uppfattningen att den diskuterade principen kanske inte borde tillämpas längre och att den således skulle ”avskaffas”. Resonemanget kompletteras ofta med påpekanden att vissa rättsordningar inte tillämpar den och att den i vart fall inte skulle vara tillämplig på internationella skiljetvister. Emellertid framstår ofta frågan vad som skulle avses med uttrycket att ”avskaffa” principen som oklar.

Frågan behandlades i en uppsats av Gotthard Calissendorff⁵ som bl.a. anförde att principen inte innefattar någon skyldighet att ”aktivt undersöka om andra rättsregler än dem part åberopat kan vara tillämpliga.” Detta förefaller mig vara ytterligare en tänkbar dimension på principen i fråga och jag avser att återkomma därtill nedan. Calissendorff anser att den kritik som anförts mot regeln har att göra med att just den skulle kunna vara ett hot mot en enskild parts rättssäkerhet ”i varje fall om domstolen lägger en princip, som ej alls berörts under förhandlingarna, till grund för sitt avgörande” eftersom parternas argumentation ”i en rättsfråga har ... ansetts kunna tillföra målet värdefull information av betydelse för ändamålsenligheten av olika rättsliga lösningar.”

Det påpekas att man i den rättegångsutredning som lade fram ett förslag 1982⁶ å ena sidan hade anfört att domstolarna borde ålägga sig betydande restriktivitet när det gäller att uppmuntra part att ta in nytt material i processen, men å andra sidan samtidigt påpekat att det vore en fördel att tillämpliga ”lagrum” diskuterades under rättegången. Risken för att domarna genom att initiera en ny rättsregel kan framstå som partiska och att om man på sådant

⁵ Se Jura novit curia i internationella skiljeförfaranden i Sverige, JT 1995–96 s. 141 ff.

⁶ Se SOU 1982:26 s. 120 ff.

sätt för in nya tankegångar även skulle riskera att förfarandet utvidgas och att parterna för in nya grunder i målet är uppenbar.

Såväl Lindell⁷ som Westberg⁸ har emellertid ansett att parterna bör få kännedom om de rättsregler som domstolen anser kunna ha betydelse. Calissendorff menar emellertid att Lindell tagit för lätt på frågan att en domstol genom en aktiv processledning baserad på *jura novit curia* kan framstå som partisk. Inte bara det att domaren (eller skiljemanden) genom att föra in nytt rättsligt tänkande klagör innan målet är slutfört vad denne anser, dessutom aktualiseras ju ofta den rättsliga frågan först när målet är överlämnat till rätten och det kan då framstå som vanskligt om nämnden skulle i ett skiljeförfarande "blåsa liv" i tvisten ånyo genom att börja ställa nya frågor efter det att huvudförhandlingen har avslutats. Konsekvenserna av detta har redan anförts ovan.

Calissendorff delar här den ståndpunkt som JustR Lind hade anfört i NJA 1989 s. 614, nämligen att den part som hade kunnat åberopa en rättsregel "men underlåtit detta inte kan ha rimlig rätt att erhålla sådan underrättelse."⁹ Emellertid drar Calissendorff en måhända alltför långtgående slutsats utifrån Linds ståndpunkt i denna del. "Det förhållandet att en sådan part inte bör få tillfälle att utveckla skälen för att den av domaren angivna alternativa rättsregeln skulle kunna ha betydelse innebär emellertid att ett av de grundläggande motiven för principen *jura novit curia* – strävan efter en materiellt riktig dom – i realiteten inte tillmätts så stor eller avgörande betydelse" menar Calissendorff.

Här kan svåra tillämpningsfrågor aktualiseras. Medan den relevanta rättsregeln för rätten kanske framstår som uppenbar, med konsekvens att underlåtenheten att åberopa formkrav för en rättshandlings giltighet måste tolkas så, att avsaknad av bestridande härom medför att man äger rätt att dra den slutsatsen att fråga saknar relevans. Emellertid kan den tappande parten – i vart fall i efterhand – kanske då genmäla att frågan om den utländska rättsordningens i detta hänseende från svensk rätt avvikande innehåll, borde ha förts på tal av den andra parten och att avsaknaden av åberopat rättsligt stöd för detta, borde leda till en presumtion för att samma formkrav gäller som enligt svensk rätt och att därmed det avvikande innehållet i den främmande

⁷ Se Lindell, *Partsautonomins gränser*, s. 42 ff.

⁸ Se Westberg, *Domstols officialprövning* s. 337.

⁹ Se a.a. s. 143.

rättsordningen inte har förts på tal, än mindre ”bevisats”, av den part som borde ha gjort detta, nämligen motparten.

Calissendorff går i sin undersökning av hur rättsläget i principfrågan är beskaffad utöver landets gränser och finner olika synsätt representerade i Tyskland, England och Frankrike, men anser sig inte kunna dra några specifika slutsatser och påpekar att rättsläget dessutom förefaller osäkert t.ex. i England. Är frågan måhända överlämnad till domarens diskretionära bedömning, dvs. han äger rätt att begära att få vägledning men är inte hänvisad till att göra sin rättsliga bedömning endast efter en prövning om han i tillräcklig grad fått sådan vägledning?

Vad som anförts hittills om den komparativa undersökningen skulle möjligen kunna tas till intäkt för att principen *jura novit curia* inte på något sätt är självklar, att det i än mindre grad är självklart vad som i så fall är dess innebörd, och att den således inte kan ”avskaffas” med mindre man noggrant lagstiftar om hur rättstillämpningen skall tillgå i dessa delar, något som torde vara främmande för svensk rätts del mot bakgrund av rättegångsbalkens allmänna utformning. Problemet är enligt mitt förmenande nämligen just det, att man knappast klargjort vad man egentligen avser när man diskuterar dessa frågor.

Det kan väl inte vara fråga om att parterna i dispositiva tvister endast genom tvistens karaktär skulle vara skyldiga att bevisa förevaron av några påstådda rättsregler, än mindre bevisa att dessa rättsregler skall tillämpas och dessutom tillämpas på ett visst sätt i den aktuella tvisten så fort någon rättstillämpningsfråga aktualiseras. En rättslig analys sönderfaller ju ofta i många delar och endast vissa av dessa är i allmänhet tveksamma medan andra ofta är självklara utgångspunkter för tvisten och detta för båda parterna. Den ena partens tystnad i en sådan fråga kan inte rimligen tolkas så att den andra parten alltid skulle vara skyldig att förebringa ”bevisning” så att inte en domstol skulle vara tvungen att göra någon självständig rättslig analys.

Frågan om vad som skall åberopas och bevisas i rättsligt hänseende kan helt enkelt inte analyseras som vanliga bevisspörsmål utan handlar om något annat. En part har ju blott en skyldighet i dispositiva tvistemål enligt nationell rätt att åberopa vad som hänt och därefter framställa ett visst yrkande. Grunden för yrkandet måste ju *inte* innefatta något som helst påstående om förevaro av en viss rättsregel med visst innehåll, utan blott ett påstående om att rättsordningen ger käranden rätt till det han yrkar om han visar att förhållandena i sak är sådana som han påstår. Motsatsen skulle ju för övrigt leda till att vi införde tvång att ha rättsligt skolade ombud eftersom en lekman får

antas kunna förklara varför han är berättigad till något utan att behöva fördjupa sig i rättsreglernas innehåll.

Påståendet att ”X skall utge ett skadestånd till mig därför att han av oaktsamhet slog sönder en skål jag äger” innefattar ingen skyldighet att åberopa förevarande av adekvat kausalitet, än mindre att beskriva den s.k. adekvanstestens relevanskriterier. Om skadeståndsskyldigheten emellertid bestrids på grund av bristande adekvans behöver den skadelidande inte beskriva vilka adekvanskrav han anser att man för närvarande uppställer enligt gällande rätt, utan kan nöja sig med att i konkreta ordalag ange vilka insikter om skaderisker m.m. som han anser att skadevällaren hade i handlingsögonblicket och sedan överlåta till rätten att utifrån rådande adekvansföreställningar pröva om det förelegat adekvat kausalitet.

Med den utgångspunkten kan man enligt mitt förmenande inte ”avskaffa” principen *jura novit curia* eftersom den handlar om det av rättsordningen tillhandahållna ”*raster*” eller ”*böjningsmönster*” som den lagkloke rättstillämparen har att applicera vid sitt ställningstagande till frågan om det bestridda ersättningsyrkandet skall bifallas eller ej. Relevanskriterierna för denna bedömning måste domaren alltid ta ställning till på egen hand och med brukande av sina egna rättsliga kunskaper och sedan lägga fast dessa utifrån vad parterna i konkret hänseende har anfört och bevisat om omständigheterna i tvisten.

Det står visserligen parterna fritt att komma med påståenden om hur rättsläget är beskaffat vid adekvansbedömningar, men dessa påståenden binder inte domaren och även om någon av parterna lämnat dessa rättsliga påståenden obestridna men likväl t.ex. påstått att sakomständigheterna är sådana att ersättning skall utgå därför att t.ex. skadevällaren insett skaderisken måste detta vara nog. Väljer parterna att argumentera kring rättsligt relevanta kriterier för en adekvansbedömning är detta säkerligen till nytta för domstolen men det är inte bindande på samma sätt som åberopade rättsfakta eller upptagen bevisning.

Jag har med den utgångspunkten svårt att förstå att det skulle gå att ”avskaffa” – genom ett prejudikat eller en lagregel – principen *jura novit curia*. Den rättsliga bedömningen kan ju många gånger ligga implicit i den konkreta analys av hur målet är att uppfatta som först måste göras utan att domstolen redovisat än mindre insett att här kan finnas ett betydande eller i vart fall omstritt juridiskt problem som parterna av någon anledning inte fört på tal. Den initiala rättsliga bedömningen är då ett slags ”förtolkningsförfarande” som kanske ofta görs intuitivt eller rent erfarenhetsmässigt av domaren.

Med min utgångspunkt är rättsreglerna således i sådana fall inte sällan ett nödvändigt böjningsmönster för att kunna avgöra målet som dock inte alltid öppet redovisas i domen. En rättsregel kan i många fall även i realiteten ha tillämpats utan att rätten ens reflekterat över detta. Frågan om rättsregeln applicerats korrekt är emellertid en fråga om utvärdering av domen och något som parterna vid ett överklagande kan ifrågasätta och som dessutom av rättsvetenskapen analyseras utifrån de tolkningsmetoder som är gängse inom rättsordningen i fråga. Den intuitiva rättsliga bedömningen kan vara fel och kan då ifrågasättas vid ett överklagande oaktat den aldrig förts på tal vid utförandet av talan.

Har kändan påstått att en viss utfästelse utgör en bindande rättshandling och har svaranden inte bestritt detta bör således ingen officialprövning normalt ske, men det beror ju på att kändans påstående i denna del är medgiven. Har däremot svaranden bestritt förevaro av ett bindande avtalslöfte eftersom löftet var benefikt skall domstolen inrikta sin prövning på frågan om det varit ett icke-bindande benefikt avtalslöfte och får inte gå in på sådana rättsfakta som möjliggör att även benefika löften kan vara bindande, med mindre sådana förhållanden åberopats av kändan. På angivet sätt interagerar åberopade rättsfakta och tillämpliga rättsregler och möjliggör för rätten att hålla sig inom den uppställda processens yttre ramar.

Frågan om *jura novit curia* aktualiseras i sin omstridda form således först när fråga är om *en ren rättstillämpningsfråga*. Här menar jag att parterna har en mindre framträdande roll. Parterna har att åberopa sakomständigheter för eller mot varandras yrkanden men de har inte något avgörande inflytande över hur rättsreglerna skall tolkas. Det bestäms av lagstiftaren och när fråga är om s.k. domarskapad rätt av domarens egen rättsskapande aktivitet. Inte minst denna, den s.k. dynamiska faktorn, innebär att nya rättsregler blir till i själva rättstillämpningsögonblicket vilket ger ett begränsat utrymme för att tillmäta parternas uppfattning om rättsläget någon större eller i vart fall avgörande betydelse.

Ett illustrativt exempel på motsatsen kan man f.ö. finna i rättsfallet NJA 1996 s. 663 där två parter tilläts träta ända upp till Högsta domstolen kring frågan om betydelsen av prisets bestämmande enligt 47 § köplagen. Här tilläts således parterna föra en talan om mellandom avseende frågan om ”47 § köplagen är tillämplig i målet”. Vad saken således gällde var i realiteten om man i princip kunde jämkta ett avtalat pris med stöd av 47 § köplagen. Det anges visserligen i den lagbestämmelsen att en grund för att köparen inte skulle vara bunden av en räkning är att det yrkade beloppet är oskäligt. Om

emellertid ett visst pris är oskäligt så kan ju detta pris jämkas enligt den allmänna jämkningsregeln i 36 § avtalslagen.

Någon anledning för parterna att tvista om man kan uppnå den önskade rättsföljden med stöd av 47 § köplagen istället för enligt 36 § avtalslagen står därmed inte att finna. HD som egendomligt nog beviljade prövningstillstånd konstaterade att parternas mellandomstema endast avsåg tillämpning av köplagen och att 47 § köplagen inte var någon jämkningsregel, men att just jämkning ”däremot, som också framgår av förarbetena (prop. 1988/89:76 s. 152), [kunde] göras med tillämpning av 36 § avtalslagen.” HD tillade dock att en domstol inte heller var bunden av det lagrum som part åberopat.

Efter att således ha processat i tre instanser var parterna tillbaka i ruta ett och kunde därefter fortsätta – om de så ville – och föra en ny talan rörande tillämpningen av 36 § avtalslagen. Rättsfallet NJA 1996 s. 663 illustrerar tydligt att parterna bör koncentrera sig på yrkanden och grunder samt vid behov lämna sin syn på hur relevanta resultat kan uppnås med stöd av viss rättslig argumentation.

Frågan om nedsättning av köpeskillning kunde ske med stöd av 47 § köplagen borde inte ha medfört tillåtlighet av en fastställetsetalan eftersom parterna enligt mitt förmenande här saknade intresse av att få frågan om ett visst lagrum var tillämpligt prövad. I vart fall hade käranden inte visat varför denne hade ett speciellt intresse av att få detta rent rättsliga spörsmål prövat när det inte synes ha rätt någon tvist om att man kan jämka oskäliga priser med stöd av – som HD också påpekade – 36 § avtalslagen.

Det kan visserligen inte uteslutas att det kan finnas speciella situationer då parterna har kommit i en tvistesituation där de faktiska omständigheterna fordrar att en viss rättsregel skall prövas och att det har betydelse för parterna att just denna och ingen annan rättsregel har ett visst tillika innehåll. I ett sådant fall ingår emellertid rättsregeln och dess påstådda innehåll direkt i den eller de omständigheter som utgör rättsligt relevanta rättsfakta och skall således direkt åberopas på detta sätt av den berörda parten.

Huvudregeln måste emellertid således sammanfattningvis vara den, att när parterna vänder sig till domstolen är det domstolens plikt att efter bästa förmåga lösa tvisten så att ett materiellt korrekt resultat uppnås utifrån de yrkanden, grunder och bestridanden som parterna anfört i målet. Det handlar naturligtvis inte om att uppnå ett objektivt sett ”riktigt” resultat utan om att utifrån de processuella förutsättningar som parterna tillhandahållit rätten eftersträva det rättsligt korrekta resultatet. Parterna har makten över åberopan-

den, bevisning och medgivanden, men inte över den rättsliga slutsatsen på givna förutsättningar.

För mig utgör därför principen *jura novit curia* en övergripande processuell lojalitets- och handlingsplikt för domaren motsvarande de civilrättsliga lojalitetsplikter som finns vid olika avtalstyper. Det handlar om en plikt att på givet material lösa den tvist som parterna förelagt rätten på ett så bra sätt som möjligt. För den sakens skull skall domstolen i första hand anlita sina egna kunskaper om hur rätten är beskaffad. Om dessa inte räcker till åligger det domaren att göra sådana rättsutredningar som framstår som ändamålsenliga med hänsyn till tvistens storlek och rättsfrågans betydelse. Det är en av rättsstatens pelare att domstolarna är bekanta med rättssystemet och eftersträvar att domarna speglar rättsordningens uppfattning. Det är en historiskt given erfarenhetsregel att domaren är lagfaren och förstår samspelet mellan rättslig analys och rättsligt relevanta fakta.

Tanken att domaren på ett givet material medvetet skulle avstå från att döma på ett så adekvat och korrekt sätt som möjligt därför att parterna – eller måhända snarare deras ombud – inte beskrivit yrkandet, grunderna och relevanta omständigheter i juridiskt optimala termer har enligt mitt förmenande inget stöd i rättsordningen, utan får rentav anses strida mot rättsskipandets yttersta syfte i en rättsstat. Med min utgångspunkt är därför denna princip en immanent del av rättsstatens arbetsvillkor och kan inte avskaffas, ty den har aldrig införts utan utgör en självklar del av den dömande verksamhetens rättssäkerhetspremissor och har organiskt utvecklats genom rättstillämpningens rättshistoriskt givna tillkomst.

3. Gäller då annat i skiljeförfarande och i så fall varför?

Att jag anser att man ska slå vakt om principen *jura novit curia* vid domstolsprocessen motiveras således inte främst av att vi saknar ett advokatmonopol vid process i allmän domstol utan av elementära rättssäkerhetskrav. Frågan är då om man kan omedelbart överföra det ovan sagda till skiljeförfarandet. Jag har visserligen i min analys ovan lagt tonvikten vid förfarande i allmän domstol och koncentrerat mig på vad jag skulle vilja beskriva som en domares lojalitetsplikt i förhållande till parterna i processen, men det bör enligt mitt förmenande vara en presumtion för att motsvarande skall gälla även vid den privata rättstillämpningen, dvs. om inte mycket vägande ändamålsskäl talar i annan riktning.

Utgångspunkten i allmän domstol är ju att domaren normalt skall vara ”lagfaren”, vilket enligt 4 kap. 1 § rättegångsbalken bl.a. innebär att denne skall ha avlagt ”för domarämbetet föreskrivna kunskapsprov” vilket normalt innebär en juristexamen. Saken är annorlunda med skiljemän då enligt § 7 lagen om skiljeförfarande envar ”som råder över sig själv och sin egendom” kan vara skiljeman.

Frågan är då vilka krav man kan ställa på en skiljeman som således inte ens behöver vara kunnig i juridik. Som påpekats av Lars Heuman¹⁰ har i motiven till lagen om skiljeförfarande ”helt allmänt” framhållits att det ”är givet att skiljemännen, t.ex. vid tolkning av ett lagrum, fritt kan söka efter ledning i förarbeten, doktrin och praxis” men att det vidare – enligt Heuman – skulle råda ”en avgörande skillnad mellan inhemska och olika typer av internationella tvister”.

Vad gäller innehållet i principen, synes Heuman vara av samma uppfattning som övriga processrättsexperter. *Man bör*, för att undvika ”överraskningseffekter” för parterna, samt även för att ta udden av invändningar om att en aktiv processledning av det innehållet skulle kunna uppfattas som partiskhet från skiljemännens sida, då de likväl, trots goda föresatser, just skulle kunna framstå som partiska ”om de underlåtit att på förhand fästa den förlorande partens uppmärksamhet på den icke åberopade regel som de lagt till grund för en bifallande dom”, *förelägga parterna att yttra sig* över en viss rättskälla.¹¹ Oavsett hur skiljemännen närmar sig frågan finns således en påtaglig risk att den part som förlorar på någon form av processaktivitet från nämndens sida skulle kunna reagera starkt.

Heuman kommer sedan in på ett för alla skiljemän synnerligen känsligt kapitel i detta sammanhang, nämligen tillämpandet av principen *jura novit curia* och klanderbarheten. Han avvisar tanken om undanröjande av domen så länge ”rättstillämpningen ligger inom ramen för de omständigheter som parten åberopat till grund för sin talan.” Han gör dock ett påpekande som kan föranleda viss förvåning. Han påpekar att förarbetena inte berör frågan ”om domen ... kan upphävas av det skälet att parten inte fått tillfälle att utföra sin talan i all behövlig omfattning.” Han menar att om ”en part eller skiljemannen framför en rättsuppfattning på ett sent stadium av slutförhandlingen kanske domen kan undanröjas om motparten inte fått tillräcklig tid att göra nödvändiga och omfattande analyser av olika rättskällor”.

¹⁰ Se Heuman, *Skiljemannarätt*, s. 340 ff.

¹¹ Se Heuman, a.a. s. 341.

Personligen har jag svårt att förstå att den principen skulle vara förenlig med *jura novit curia*. Enligt min uppfattning äger skiljemännen rätt att applicera en rättsregel som är direkt tillämplig på tvisten. Av det skälet bör inte parts påstående om att, för det fall denne blott – under själva förfarandet – blivit upplyst om att den specifika regeln kunde vara tillämplig och därför kunnat ”motbevisa” detta, tillmätas relevans. Den missnöjde måste således då mena att nämndens underlåtenhet att ”i god tid” före förhandlingens slut peka på regeln, omöjliggjort för honom att ”motbevisa” dess tillämplighet, men då skulle ju inte huvudprincipen om *jura novit curia* gälla.

Här menar jag emellertid att Heuman riskerar att sammanblanda olika frågor. Författaren anför nämligen som exempel att käranden ”i något fall” kan ha uttryckt sig så, att ”svaranden utgått från att den rättsliga prövningen skulle vara begränsad till vissa lagregler eller avtalsvillkor” och att skiljemännen skulle ha uppfattat saken så, att ”parterna då träffat ett konkludent avtal som begränsar den rättsliga prövningen, utan att detta stått alldeles klart för käranden.” Tanken att laborera med konkludenta och måhända för nämnden och säkerligen för den part som förlorar på sådana tankelekar osynliga avtal är enligt min mening minst sagt äventyrlig.

För det första menar jag att man absolut inte får sammanblanda frågan om lagregler med avtalsvillkor. Det kan enligt mitt förmenande inte råda något som helst tvivel om att part måste i tvisten *åberopa* alla relevanta avtalsvillkor. Frågan var f.ö. aktuell vid Högsta domstolens bedömning i rättsfallet NJA 1996 s. 52 – som refererats på två prejudikatgrunder – bl.a. frågan om ”nya omständigheter åberopats i HD till stöd för talan”.

Det blev vid prövningen i Högsta domstolen strid kring om en viss klausul i villkoren för ett förlagslån tidigare verkligen hade åberopats i målet. Svaranden anförde att den aktuella klausulen aldrig hade åberopats i tingsrätten eller hovrätten, utan att fråga därför var om en ny grund som förts fram först i Högsta domstolen. Käranden hade visserligen i en skrift till hovrätten under rubriken ”Ytterligare om den rättsliga argumenteringen” funnit skäl att peka på den omtvistade klausulen. HD konstaterade att detta ”omnämmande ... emellertid inte [kunde] anses ha inneburit att villkoret åberopats som grund för ... talan”, och då parten inte heller gjort sannolikt att man *inte* hade kunnat åberopa omständigheten vid lägre rätt eller att man annars haft giltig ursäkt att inte göra detta fick så inte ske vid den fortsatta prövningen av målet.

Medan den rättsliga metoden för tolkningen av en klausul således är en ren rättsfråga är åberopandet av klausulen och konklusionen, dvs. konsekvenserna av klausulen i tvisten, del av processmaterialet. Det viktiga är såle-

des att frågan om ett visst avtalsvillkors betydelse för utgången av tvisten inte får sammanblandas med frågan om jura novit curia. I det senare fallet är ju problemet hur nämnden skall döma och om den inte skall döma enligt sin övertygelse om innehållet i gällande rätt utan utifrån vad en part påstått om innehållet i gällande rätt.

Skall man följa den missuppfattning av rättsläget som den ”vinnande” parten till äventyrs råkat ha åberopat eller skall man ogilla talan endast därför att ”fel” rättsregel åberopats av den som har materiellt rätt? Blir för övrigt inte konsekvensen i så fall att den ”vinnande” parten får framgång i tvisten enbart därför att den som har materiellt rätt åberopat fel rättsregel när i själva verket nämnden har klart för sig att den vinnande partens rättsliga argumentation också är felaktig! Den senare frågan tycks emellertid märkligt nog aldrig förts på tal i jura novit curia-debatten.

Ett särskilt problem vid tillämpningen av frågan om vad som åberopats är vad som i doktrinen har beskrivits som en ”lindskogare” av professor Peter Westberg, nämligen att ett ombud för att försöka undvika preklusionsverkan anför att allt som ingivits skall anses åberopat. Jag har emellertid själv varit med om att skiljenämndens ordförande då begärt förtydliganden av vad som avses och att man således går igenom ”allt som åberopas” för att sedan kunna avgöra om det verkligen åberopats i den bemärkelse som anses nödvändigt.¹²

Mot den bakgrunden menar jag att det även i nationella skiljeförfaranden i princip åvilar skiljemännen att göra sitt allra bästa för att på grundval av åberopade rättsfakta skilja sig från målet med en så korrekt lösning som möjligt. Det är samma lojalitetsplikt som här åvilar skiljemännen som domaren i allmän domstol. Inte heller här kan eller skall skiljemännen enligt mitt förmenande tillämpa en felaktig rättsregel eller döma materiellt fel enbart därför att parterna inte analyserat rättsläget korrekt så länge den korrekta lösningen ryms inom angivna rättsfakta.

En annan sak är att kompetensen hos skiljemännen kan variera. I allmänhet är nog den civilrättsliga kompetensen i en skiljenämnd bättre än kompetensen i allmän domstol, men samtidigt kan en part ha utsett någon som inte ens är jurist och i realiteten saknar möjlighet att analysera ens vad parterna anförat själva, än mindre göra egna rättsliga bedömningar. Det gör att innebörden i kravet att göra sitt bästa här i praktiken får en annan innebörd än i allmän domstol.

¹² Se om s.k. ”lindskogare”, Peter Westberg i Vänbok till Bo Broomée s. 219 ff.

Om däremot skiljemännen gemensamt mottagit instruktioner om innehållet i sitt uppdrag som gör att man inte förväntas skipa rätt i vanlig bemärkelse utan kanske åtagit sig någon variant på s.k. *amiable compositeur* eller eljest fått och kunnat mottaga instruktioner som begränsar deras uppdrag i förhållande till vad som gäller enligt rättegångsbalken vid allmän domstol, kan självfallet bedömningen bli annorlunda. Under förutsättning av tillåtligheten av sådana instruktioner kan parterna ha givit nämnden sådana instruktioner att principen *jura novit curia* inte kan och inte heller skall tillämpas.

Slutligen måste den centrala frågan om förhållandena i de internationella förfarandena leda till annat resultat behandlas. Här tycks rättsläget således vara att uppfatta som annorlunda än eljest i skiljeförfaranden, vilket i sin tur tycks ha att göra med frågan om hur principen *jura novit curia* uppfattas internationellt. Det har ju, som bl.a. Gotthard Calissendorff påpekade, inte ansetts att denna regel omfattas av alla rättssystem, även om det dessutom ofta synes oklart vad man egentligen menar med detta påstående. Förhållandena i t.ex. engelsk rätt, som ju i internationella kommersiella tvister har så stor betydelse, tycks ju inte ens vara klara.

Utgångspunkten för bedömningen i internationella skiljetvister kan kanske sökas hos Lars Heumans påpekande att om skiljemännens uppdrag ”avgränsats på annat sätt än som följer av en analogi från RB:s regler kan skiljemännen enligt motiven t.ex. ha att hålla sig inte bara till de rättsfakta som åberopats utan också vara bundna till de bevisfakta och de rättsregler som parterna angett.”¹³ Heuman tillägger att det får anses givet att skiljemännen då ”inte bör animera parterna att uttala sig om en rättsregel som skiljemännen anser tillämplig men som parterna inte har åberopat.”¹⁴

Att frågan ytterst är ett spørsmål om tillämpliga processregler i ett internationellt skiljeförfarande berör visserligen Heuman, men jag tycker att det är viktigt att tydligt fastslå att detta är det primära kvalifikationsspörsmålet. Jag har själv deltagit i flera internationella förfaranden där just denna primära fråga först måste penetreras och det kan då följa att man är bunden av annorlunda processrättsliga principer, även om jag inte kan erinra mig något fall som jag själv varit med om där detta ställts på sin spets på ett sätt som kunnat få materiella konsekvenser.

Om däremot tillämplig processordning inte är ett spørsmål i sig, blir således frågan snarast om det är skiljemännens olika rättsliga erfarenheter och

¹³ Se Heuman, a.a. s. 342.

¹⁴ Med hänvisning till bl.a. prop. 1998/99:35 s. 121.

kunskaper som i sig innebär någon avgörande skillnad från vad som eljest gäller enligt t.ex. svensk skiljemannarätt. Även här menar jag att man emellertid får falla tillbaka på vad som rimligen kan krävas av en skiljeman. Tanken att denne – om han har kunskaper om relevant rättsläge – t.ex. om fråga är om svensk rätt och han känner denna väl, så kan han väl knappast vara skyldig att se frågan om tillämpandet av svensk rätt som något som han inte får beakta. Han är ju för övrigt bäst skickad att göra utvärderingen av parternas påståenden om innehållet i svensk rätt om övriga skiljemän saknar motsvarande kompetens. Även här blir ju frågan om vad som skall ”bevisas” om rättsläget ett besvärligt spörsmål.

En sak är ju om parterna har olika uppfattning om innehållet i t.ex. svensk rätt, vilket får antas vara den vanligaste situationen. Inte sällan kan man se svenska parter vars ombud gör det extra besvärligt för den utländska motparten genom påståenden om att vad den utländska parten påstår inte gäller enligt just svensk rätt. Ibland kan självfallet så vara fallet, men inte sällan tycker jag mig notera att den part som har fördelen att få processa s.a.s. på hemmaplan tycks vilja utnyttja detta genom att onödigt krångla till innehållet i svensk rätt. I sådana situationer får ofta nämnden tämligen gott underlag för sin bedömning genom att parterna tillmötesgår nämndens informationsbehov med omfattande responsa skrivna av experter, åtminstone om tvisten rör stora värden. I sådana lägen handlar det ofta om att nämnden genom en jämförelse mellan sådana responsa får bilda sig en uppfattning om vad som bäst speglar gällande rätt.

Man skall dock inte bortse från att det i vissa fall kan röra sig om att självständigt göra en bedömning av förhållandena i det aktuella rättssystemet om experternas uppfattningar är alltför skilda. Inte heller då kan man med säkerhet avgöra vad som gäller utan blir måhända beroende av två subjektiva partsargumentationer betingade av taktiska överväganden. Hur nämndens ”bevisvärdering” då skall tillgå måste enligt mitt förmenande innefatta att skiljemännen faller tillbaka såväl på egna kunskaper om rättssystemet som kompletterande analyser av språkligt tillgängliga rättskällor. En motsatt uppfattning skulle ju eljest medföra att återopande av den rättsliga argumentationen skulle kunna bli en uppvisning i retorik.

Förhållandena i internationella skiljeförfaranden kan således i betydande utsträckning variera från ett förfarande till ett annat. Man kan då – som Heuman riktigt påpekat – knappast skilja mellan inhemsk och främmande rätt. Emellertid ställer jag mig även här tveksam till den processrättsliga expertisens synsätt. Om en skiljenämnd har tre ledamöter och skall tillämpa t.ex.

svensk rätt och en av skiljemännen är svensk jurist synes Heuman vara av uppfattningen att skiljenämnden inte skulle äga rätt att tillämpa en icke åberopad rättsregel endast av det skälet att en av skiljemännen råkar ha kunskap om svensk rätt.

Ståndpunkten är emellertid otillfredsställande. Om den ena parten påstår något om innehållet om svensk rätt och den andre bestrider riktigheten av detta påstående har ju nämnden således oftast blott tillgång till den svenske ledamotens ståndpunkt. Ifrågasätts dennes uppfattning kan och, enligt mitt förmenande, bör nämnden i så fall försöka göra egna undersökningar för att bekräfta eller vederlägga den svenske ledamotens påstående.

Antag att den svenska parten i tvisten blott påstår något om innehållet i svensk rätt, och att motparten påstår att detta är oriktigt, dock utan att själv ge någon klar anvisning om vad den riktiga ståndpunkten är enligt dennes uppfattning. Självklart kan väl inte nämnden om den blir övertygad om att påståendet att den svenska parten givit en felaktig bild av svensk rätt endast av det skälet avstå från att lösa tvistefrågan och det därför att den ”rätta” rättsregeln inte finns åberopad. Konsekvensen kan ju då just bli att nämnden dömer medvetet fel genom att med full vetskap tillämpa en felaktig rättsregel. Vilken av de – felaktigt – åberopade rättsreglerna skall då nämnden tillämpa, kärandens eller svarandens? Skall svaranden alltid få fördelen även om käranden processuellt styrkt sin sak?

Det sagda medför ånyo att skiljenämnder lika lite som domstolar alltid kan förlita sig på att parternas rättsliga argumentation är fullständig. Fortfarande gäller ju att man måste avgöra tvisten. Principen *non liquet* må ha varit tillåten i den romerska rätten men varken en domare eller en skiljenämnd kan avstå från att lösa en tvist och enbart utifrån det faktum att parterna haft en bristfällig rättslig argumentation kan domarna och skiljemännen inte avstå från att avgöra tvisten, och inte heller kan de avgöra densamma med stöd av rättsregler som de vet är felaktiga. Situationen är ofta komplex.

Vissa rättsregler är föremål för strid mellan parterna, medan andra är ostridiga trots att parterna måhända bygger sina anspråk på uttalade gemensamma om än felaktiga uppfattningar om rättsläget. Andra rättsfrågor som inte yppats under processen visar sig vid överläggning till dom vara av betydelse och några rättsregler har varit så självklara utgångspunkter för processen att käranden aldrig ens tänkt tanken att föra frågan på tal. Skall detta beaktas så att t.ex. en aldrig uttalad grundsats att en viss rättsordning *inte* uppställer formkrav för det omtvistade avtalets giltighet medför att skiljenämnden får

tillämpa en löftesprincip även om svarande bestritt förevaro av bindande avtal, men däremot inte påstått förevaro av något formkrav.

Måste då käranden likväl påstå förevaro av en löftesprincip i tillämplig rätt eller får nämnden ta den saken som en given rättslig premis? Det senare förefaller naturligtvis vara det enda rimliga. Det handlar i så fall inte om en återopsbörida i allmänhet i internationella skiljetvister för gällande rätt, utan blott att när parterna är oense om något i rättsligt hänseende, den part som vill ha framgång med sin sak måste övertyga nämnden om rättsläget på just den punkt där parterna är oense. Det hela reduceras då till en betydligt mer begränsad fråga och där jura novit curia fortfarande får bli en nödvändig betingelse för nämndens analys vid domskrivningen. Nämnden är inte okunnig om rättsläget i sig utan blott hänvisad till att när parterna tvistar om gällande rätt på en viss punkt få övertygande rättslig argumentation för denna ståndpunkts riktighet.

Trots det anförda är jag enig med den processrättsliga expertisen om att det renodlat internationella skiljeförfarandet måste *i vissa hänseenden* här skilja sig från vad som eljest gäller. Medan jag således menar att principen jura novit curia i allmänhet och som huvudregel innefattar *en på offentlig-rättslig respektive privaträttslig grund emanerande lojalitetsplikt för domaren och skiljemannen* att utifrån återopade rättsfakta och framlagd bevisning söka sig fram till den bästa rättsliga lösningen, vilket kan innefatta egna rättsutredningar, så kan det inte finnas en motsvarande plikt att i det renodlade internationella skiljeförfarandet på detta sätt föranstalta om egna rättsutredningar. Skiljenämnden måste enligt mitt förmenande visserligen ha rätt att använda sig av den kunskap som finns för att lösa det framställda spörsmålet korrekt och bör därför äga rätt att föranstalta om egna utredningar, men den kan kräva att parterna presterar relevanta rättsutredningar.

Visserligen får det antas att bestämmelsen i 25 § 1 st. 2 meningen lagen om skiljeförfarande inte torde ta sikte på dessa spörsmål, men det finns möjligheter för skiljenämnder enligt svensk skiljemannarätt att inhämta expertbedömningar om inte båda parterna motsätter sig detta. Heuman nämner t.ex. det fallet – med hänvisning till utländsk doktrin – att nämnden kan ”behöva anlita en expert för att förklara och uttolka ingivna utlåtanden.”¹⁵

Vi når här fram till vad jag menar måste vara kärnan i jura novit curia-debatten. En domstol eller en skiljenämnd kan tvingas att med full insikt skipa orätt eftersom det mest karaktäristiska för den dispositiva civilproces-

¹⁵ Se Heuman, a.a. s. 455.

sen är parternas åberops- och bevisbörda för relevanta rättsfakta. Innehållet i rättsreglerna som skall appliceras på dessa rättsfakta ligger emellertid utanför dispositionsprincipen i detta hänseende. För en lagfaren domare innebär principen en utredningsplikt vars omfattning måste relateras till rättsfrågans betydelse i tvisten. Samma princip måste bilda utgångspunkt för bedömningen även i ett typiskt nationellt skiljeförfarande där man tillämpar svensk rätt, även om förhållandena vad avser nämndens förmåga att utföra sin plikt i detta hänseende kan variera.

I ett renodlat internationellt skiljeförfarande kan det däremot inte åvila nämnden någon plikt att självständigt utreda tillämpliga rättsregler utan de har att i huvudsak falla tillbaka på vad parterna har anfört i detta hänseende. Utredningsplikten om innehållet i relevanta rättsregler, liksom om vad som utgör relevanta rättsregler, måste således här antas ligga på parterna. Det består emellertid enligt mitt förmenande en väsentlig skillnad mellan parternas *utredningsplikt* och frågan vad skiljemännen i det renodlat internationella förfarandet äger rätt att rent rättsligt lägga till grund för sin bedömning. Har parterna inte tvistat om en rättsfråga kan inte frågan om ”bevisning” verkligen har åberopats om innehållet i en i och för sig för bedömningen nödvändig men aldrig mellan parterna stridig rättsregel vara en avgörande faktor för skiljenämndens slutsatser. Det handlar inte om en åberopsbörda av samma formella karaktär som gäller yrkande och grunder eller bevisning av åberopade rättsfakta. De flesta sådana rättsfrågor rör således inte överraskande rättstillämpning, utan det normala rättsliga raster som ofta är en så självklar del vid överläggning till dom att erfarna jurister kanske inte ens reflekterar över dem.

Jag menar således att skiljemännen i internationella förfaranden kan ställas inför svårigheter som gör att man inte kan använda samma metod som i nationella förfaranden då man bedömer vad som rent rättsfaktamässigt skall läggas till grund för avgörandet. Skiljenämnden måste här tillhandahålla *något svar* på de frågor som rent konkret ställts till nämnden och detta oberoende av om parterna argumenterat i varje rättsligt relevant rättsfråga eller bara anfört något i alla dessa rättsfrågor. Det betyder att nämnden här har att – med beaktande av att de relevanta rättsreglerna är det enda rättsliga ”raster” som står nämnden till buds när tvisten skall avgöras om nämnden inte skall lockas till rent tyckande – falla tillbaka på *några slags rättsliga principer* för sin bedömning och detta oberoende av vad parterna sagt eller inte sagt i alla dessa hänseenden.

Insikten att man kan komma att döma materiellt fel därför att parterna gjort ett felaktigt medgivande eller invänt fel saker är en sak. En helt annan är att utifrån insikten om att en part aldrig åberopat några rättsregler till stöd för en i övrigt välgrundad talan därför tillämpa rättsregler som man däremot vet inte är relevanta. För skiljenämnden i den internationella skiljetvisten finns säkerligen möjligheten att, när parterna underlåtit att tillhandahålla relevanta rättsutredningar, utgå från någon slags *tänkt normalregel* där sällan de större rättssystemen intar alltför olikartade ståndpunkter, och man kan därmed avstå från att problematisera den uppkomna situationen i onödan. Nämnden bör koncentrera sin rättsliga analys på de omtvistade rättsfrågorna och där kräva adekvata rättsutredningar men samtidigt tillåtas pröva dessa utredningar mot det erfarenhets- och kunskapsraster som erfarna jurister tillskansat sig under sitt yrkesliv.

Slutligen försvåras tanken att man skulle kunna basera domen i ett internationellt skiljeförfarande enbart på vad parterna påstått om innehållet i gällande rätt ytterligare av att all rättslig argumentation i en tvist inte är explicit. En argumentation kan ofta innefatta dolda eller aldrig redovisade förutsättningar och föreställningar om innehållet i relevanta rättsregler. För då motparten rättsfrågan på tal läggs den ofta på bordet, men om så inte är fallet blir spørsmålet mer subtill. Skall nämnden då utgå från att käranden utgått från en viss rättslig föreställning och att motparten, trots att denne bestritt själva käromålet och allt som explicit åberopats till stöd för detsamma, likväl godtagit en rättslig föreställning som aldrig explicit redovisats? Det kan väl ligga lika nära att tvärtom utgå från att det i motpartens bestridande av allt som har påståtts explicit även får antas ligga ett implicit bestridande av de aldrig redovisade rättsliga föreställningar som argumentationen bygger på. Det hela handlar om att inte komplicera analysen i alltför stor utsträckning och göra "non-issues" till knäckfrågor eller öppna för onödiga klandergrunder för missnöjda parter. Frågan om *jura novit cura* måste således hanteras av skiljemännen med "lätt hand" och får inte formaliseras i alltför stor utsträckning. Att t.ex. nämnden skulle avge en deklaration inför parterna att man i den ifrågavarande tvisten inte ämnar tillämpa principen *jura novit curia* måste vara ägnat att ge upphov till svåra tillämpningsproblem om parterna skulle välja att då kräva besked av nämnden om de många spørsmål som här behandlats.

Det finns således – när det gäller rättsreglerna – inte heller samma möjligheter att tillämpa den arbetsmetod som man brukar vid konventionell bevisvärdering. Avsaknaden av en uttrycklig rättslig argumentation utifrån ald-

rig åberopade rättsregler kan inte tas till intäkt för att argumentationen saknar rättsligt stöd. Påstår kändan att avtalet är bindande för att svaranden återkallade sitt anbud för sent och bestrider blott svaranden under föregivande att återkallelsen kom i tid, har således båda parter utgått från att det finns en princip om att anbudet verkligen var bindande enligt tillämpliga rättsregler. Det faktum att svaranden hade kunnat ifrågasätta att hans anbud överhuvud var bindande ger inte nämnden någon rätt att ta upp den frågan eftersom det vore att initiera nya rättsfakta vilket måste anses otillåtet.

Emellertid måste ju nämnden för att pröva frågan i enlighet med kändans yrkanden således utgå från en aldrig åberopad rättsregel, nämligen att anbudet var bindande. Den låg emellertid explicit – närmast i enlighet med den successiva relevansens princip – i påståendet att anbudet var bindande *därför att återkallelsen kom för sent. Nämnden kan då aldrig komma in på den rättsliga utgångspunkten för frågan utan måste utgå från att detta speglar en icke åberopad rättsregel som motparten avstod från att föra på tal.* Att i det läget ogilla talan därför att kändan inte åberopat en rättsregel med det innehållet eller fört bevisning om förevaro av en sådan rättsregel enligt den tillämpliga rättsordningen skulle vara djupt otillfredsställande. Skulle å den andra sidan svaranden bestrida att även anbudet var bindande därför att det saknas en sådan rättsregel i rättssystemet ifråga tvingas nämnden pröva den frågan, men då som ett resultat av ett bestridande.

Exemplet visar emellertid att varje form av mer sofistikerad rättslig argumentation bygger på underförstådda rättsliga premisser som sällan explicit åberopas förrän motparten ifrågasätter dem, och frågan vilka rättsliga påståenden som därmed blir föremål för tvist är inte desamma som de rättsliga premisser som en skiljenämnd även i ett internationellt skiljeförfarande har att utgå från som givna.

Ånyo framträder interaktionen mellan å den ena sidan åberopade och bestridda rättsfakta och å den andra sidan rättslig argumentation kring dessa som det område där skiljenämnden kan förvänta sig besked om rättsläget, men i verkligheten kan förhållandet vid överläggning till dom vara betydligt svårare än så, eftersom argumentationen kan innehålla sådana rättsliga brister att nämnden trots ambitioner i motsatt riktning måste söka sig egna rättsliga utgångspunkter för att kunna analysera den fråga som ställts till nämnden och ge någon form av tillfredsställande svar. Innefattar detta svar på intet sätt att man tillgriper en överraskande rättstillämpning utan blott utgår från ett konventionellt böjningsmönster för underförstådd rättslig argumentation

saknas anledning att reflektera även i det internationella förfarandet över principen *jura novit curia*.

4. Några lämplighetsspörsmål

Att det således knappast går att ”avskaffa” principen *jura novit curia* torde – som framgått ovan – vara tämligen klart. Jag tror inte ens att de som hävdar att principen saknas i vissa rättsordningar då kan mena att dessa rättsordningar skulle bygga på tanken att parterna inte bara har att förebringa *innehållet i all relevant rättslig argumentation* i målet utan dessutom att domare och skiljenämnder skulle vara hänvisade till att grunda sina rättsliga bedömningar uteslutande på vad parterna explicit åberopat och påvisat i detta hänseende. Interaktionen mellan å ena sidan rättsliga föreställningar, underförstådda rättsliga premisser och aldrig ifrågasatta rättsliga omdömen och å den andra sidan åberopade rättsfakta och bevisfakta förutsätter ofta en rättslig ram som kvalificerade jurister har att utgå från som den rättsliga miljö i vilken de verkliga tvistefrågorna skall prövas. Med den utgångspunkten handlar principen *jura novit curia* mer om vilken utredningsplikt domare och nämnder har och hur den skall hanteras i förhållande till kravet på objektivitet och att domstol eller skiljenämnd endast får basera sina rättsliga bedömningar på vad som åberopats och befunnits styrkt i rättsfaktahänseende.

När det gäller förhållandet till parterna tycks det – som berörts ovan – som om det föreligger en klar skillnad mellan vad processrättsexperter anser om kommunikationsfrågan och vad praktiker tycks anse i denna fråga. De förra tycks nämligen helt säkra på att nämnden alltid bör kommunicera frågan om tillämpliga rättsregler om man överväger att tillgripa någon som inte åberopats i tvisten. Lars Heuman utesluter till och med inte att underlåtenhet i vissa hänseenden att kommunicera rättsliga överväganden som görs i nämnden men som aldrig åberopats i tvisten kan innefatta klandergrund.

Gothard Calissendorff menar däremot att man måste vara försiktig med sådana ingrepp under pågående förfarande för att inte riskera att nämndens opartiskhet skulle kunna komma att ifrågasättas. Även JustR Johans Linds särskilda yttranden i de berörda målen från 1989 och 1993 antyder att någon sådan kommunikationsplikt knappast finns i domstolsförfaranden vilket således utgör visst rättsligt stöd för Calissendorffs ståndpunkt. Inte bara svårigheterna att finna en relevant tidpunkt för att ställa en sådan fråga utan även hur frågan skall formuleras blir då betydande hanteringsproblem.

I NJA 1993 s. 13 tillgreps tydligen HD den metoden att man tillställde parterna den frågan om man ansåg att ersättning kunde utdömas även om ingen brottslig gärning förelåg – vilket käranden påstod vara fallet – och fick naturligtvis det svar som gynnade respektive part. Frågan framstod ju som tämligen meningslös och svaren som givna och frågan blir då om det verkligen skall betraktas som en skyldighet att framställa frågor vars svar är tämligen självklara med hänsyn till respektive parts processuella intresse.

Med mitt synsätt måste därför förutsättningarna för att under pågående process – och då oberoende av om det råkar vara fråga om domstolsförfarande eller skiljeprocess – aktualisera en relevant men icke direkt åberopad rättsregel vara begränsad. Det kan – som Gotthard Calissendorff påpekar – ofta uppfattas som att nämnden eller domstolen gör den andra parten en tjänst genom att föra något på tal som denne själv borde ha aktualiserat.

Syftet med den åtgärden skulle tydligen vara att undvika att parterna skulle kunna uppröras av en överraskande rättstillämpning. Det förefaller således som om nämnden skulle ha att välja mellan att reta upp den tappande parten antingen i slutet av huvudförhandlingen – kanske närmast under eller i omedelbart anslutning till pläderingen – eller när domen gives. Jag har för min del svårt att acceptera tanken att någon av parterna skulle ha anledning att finna det överraskande att nämnden eller domstolen väljer en som de anser relevant men av parterna icke åberopad rättsregel istället för en icke-relevant men åberopad rättsregel.

Situationen är dock besvärlig och det kan säkerligen finnas vissa möjligheter för en nämnd att fästa parternas uppmärksamhet på situationen innan parterna slutfört sin respektive talan, men om så verkligen inte varit fallet, får skiljemännens lojalitetsplikt mot uppdraget styra bedömningen. Endast det faktum att en part upplever viss renodlad rättstillämpning som överraskande kan inte vara skäl nog att meddela en materiellt felaktig dom på korrekt åberopade grunder och fullgod bevisning.

Med den utgångspunkten menar jag att en skiljenämnd bör vara ytterst försiktig med att på eget initiativ föra in helt nya rättsliga tankegångar i slutet av en skiljetvist. Det kan lätt uppfattas som att nämnden vill föra den ena parten in på nya linjer och leda till kraftiga protester, yrkanden om att förhandlingen skall inställas eller påståenden om bristande opartiskhet samt önskemål om att föra in nya yrkanden och grunder för att möta den nya rättsliga argumentationen. Det kan också vara svårt att ställa frågor vars svar inte framstår som så självklara att man lika gärna kan avstå från att ställa dem.

Är däremot svaren inte lika självklara som i rättsfallet NJA 1993 s. 13 bör kanske nämnden avstå från att tillämpa vad de själva kanske har anledning att uppfatta som överraskande rättstillämpning. Det avgörande måste vara att försöka uppmärksamma problemet så tidigt som möjligt för att den vägen undvika en skiljenämndernas Moment 22.

Det nu sagda skall naturligtvis inte tolkas så, att parterna bör avstå från att åberopa en rättslig argumentation eller underlåta att tillhandahålla rättsutredningar och hänföra sig till principen *jura novit curia*. Erfarenheten visar att i vart fall domstolarna ofta saknar tid och ork – och ibland kanske förmåga eller vilja – att utföra rättsutredningar av någon betydelse, varför utredningar i form av responsa och liknande ofta kan ha stor betydelse. Kanske sådant material inte tjänar direkt som auktoritativt beslutsunderlag, men det för i vart fall in rätten på relevanta rättsfrågor och därmed bidrar det i bästa fall till att initiera en rättslig analys inom rätten i samband med överläggningen till dom som eljest inte hade kommit till stånd.

5. Slutord

Principen *jura novit curia* är en grundläggande rättsstatsprincip. Den möjliggör för enskilda i form av såväl fysiska som juridiska personer att vända sig till rätten i sina tvister och begära bindande besked baserade på en ren fakta-beskrivning om bara yrkanden och grunder är noggrant angivna. I ett rättssystem utan juristmonopol vid domstolsförhandlingar måste det med nödvändighet medföra att principen *jura novit curia* utgör en grundstomme. Skall den tillämpas i sådana situationer måste den emellertid ha generell tillämpning.

Det får visserligen i ett samhälle som är så komplicerat som vårt är, betraktas som en avgörande fördel om parterna förmår utföra och tillhandahålla egna rättsliga analyser utöver vad som krävs i form av yrkande, grunder och bevisning, men denna *lämplighetsregel* får inte tolkas som en plikt att förse rätten med den rättsliga analys som utgör ramen för rättens avgörande.

Principen *jura novit curia* uppfattar jag närmast som en plikt i första hand för den lagfarne domaren att tillse att parterna förses med en dom vars rättsliga innehåll på bästa möjliga sätt speglar vad som åberopats i form av yrkanden och grunder utifrån de rättsfakta som åberopats och bevisats. Principen utgår från att det är domstolen som har en *utredningsplikt* av gällande rätt och en lojalitetsplikt att åstadkomma en dom som speglar gällande rätt utifrån

dessa processuella betingelser, medan utredningsplikten av vad som hänt och hur detta kan påvisas åvilar parterna.

I princip menar jag att en rättslig analys i ett skiljeförfarande måste utgå från samma premisser. Här kan avsaknaden av lagfarna ledamöter i nämnden liksom den plikt att ”följa vad parterna har bestämt” enligt 21 § lagen om skiljeförfarande skapa vissa skillnader, men presumptionen är att försöka tillhandahålla en rättslig lösning som speglar gällande rätt utifrån parternas yrkanden, grunder och vad som bevisats. I internationella skiljetvister menar jag att den principen begränsas så tillvida att nämnden inte kan anses ha någon *utredningsplikt avseende innehållet i tillämplig rätt*, men att det står nämnden fritt att om inte den tillämpliga processordningen lägger hinder i vägen – således om t.ex. svensk skiljemannarätt i princip är tillämplig – frivilligt undersöka inte bara parternas påståenden om hur tillämplig rätt är beskaffad utan även sådant som är relevant med hänsyn till vad som åberopats. En sådan granskning är under alla förhållanden nödvändig om parterna är oense om innehållet i gällande rätt och presterar olika sakkunnigyttranden.

Det är emellertid viktigt att denna rättstillämpning aldrig får ske på sådant sätt att man gör våld på principerna om parternas åberops- och bevisbörda enligt sedvanliga civilprocessuella principer. De som ifrågasätter *jura novit curia* glömmar ofta bort att om rätten inte följde densamma skulle man ibland bli tvungen att döma efter en regel som åberopats men som saknar rättslig relevans eller ogilla en talan trots att man funnit densamma styrkt och då enbart därför att den vinnande parten inte beskrivit den rättsligt adekvata argumentationen på korrekt sätt. Alternativen till *jura novit curia* måste således beskrivas och analyseras innan man ens överväger att överge densamma.

I den moderna skiljetvisten har dessutom parterna sådan makt över förfarandet att den hävdvunna principen att det är domare och nämnd som ändå skall ha sista ordet om hur tvisten skall lösas innefattar att domaren och skiljemannen måste ha viss frihet att, utifrån vad som anförts, söka sig fram till en lösning som uppfattas som en spegling av gällande rätt. För parterna innebär detta inte att de skall avstå från att lägga ner energi på att tillhandahålla rättslig argumentation eller rättsutredningar. Det innebär blott att, i ett samhälle där man saknar advokatmonopol, rätten alltid måste stå rustad genom en förmåga att tillhandahålla det *raster eller böjningsmönster* i form av rättsliga normer inom vilka lösningen på den tvist som parterna framlagt för bedömning skall sökas.

Hjälper parterna till i denna fråga är detta självklart tacknämligt, men eftersom även utvärderingen av sådant material kräver en självständig rättslig

värdering som måste utföras av domare och skiljemän, ligger svaret på frågan vad som är den adekvata rättsliga bedömningen på tvisten ytterst alltid i domarens och skiljemannens händer och där utgör principen *jura novit curia* ett nödvändigt hjälpmedel för att lösa tvisten. I internationella tvister måste däremot parterna ha en utredningsplikt vad gäller i vart fall stridiga rättsfrågor men ytterst måste skiljemännen alltid självständigt kunna pröva vad parterna härvidlag presterat i form av rättsutredningar.